



**COMITE CONSULTATIF
POUR L'ELABORATION D'UNE
LOI TYPE SUR LE *LEASING*
Troisième session
Rome, 3-5 avril 2006**

UNIDROIT 2006
Etude LIXA–Doc. 7
Original: anglais
Mars 2006

AVANT-PROJET DE LOI TYPE SUR LE *LEASING*

*(préparé par le Rapporteur sur la base des directives du Comité consultatif
lors de sa deuxième session (Rome, 6-7 février 2006)):*

COMMENTAIRES

de M. Castillo-Triana, Leaseurope, M. Peter, Mme Shi et M. Sultanov,
membres du Comité consultatif, et de la CNUDCI, observateur

M. CASTILLO-TRIANA

1. **PREAMBULE:** je suggère d'ajouter un paragraphe supplémentaire comme suit:

“Convaincue de l'utilité d'harmoniser les règles juridiques sur le *leasing* sur une base globale en vue de faciliter le flux international d'investissements et le commerce international de biens d'équipement;”

2. **Article premier:** je ne suis pas certain, à l'heure actuelle, de l'importance d'insérer une disposition sur le champ d'application dans une loi type. Cela a un sens dans une convention internationale où les frontières entre ce qui relève du droit interne et ce qui relève des réglementations internationales doit être défini, mais, dans ce cas, la Loi type est proposée à des Etats souverains qui, par défaut, ont déjà défini le champ d'application de leur droit interne. Je suggère par conséquent de supprimer l'article premier.

3. **Article 2:** deux commentaires

a. Dans la définition de “Bien”, je préférerais que le terme “logiciel” soit explicitement inclus, au-delà de son exclusion de l'exclusion. Comme je l'ai mentionné dans ma présentation, cela ne fait de mal à personne et, au contraire, cela apporterait un énorme bénéfice aux économies émergentes, aux sociétés de *leasing* et aux constructeurs de logiciels;

b. Le terme anglais de “*Operations lease*” devrait être changé en “*Operating lease*” [Note du Secrétariat: pas de changement pour le français]. Le terme “*Operations lease*” entraîne une certaine confusion et n'a rien à voir avec la pratique courante.

4. **Article 3:** il semble que la modification introduite prive l'article 3 de son but réel qui est la mise en place d'un système d'inscription pour les baux. Tel qu'actuellement rédigé, l'article semble redondant: si un Etat a déjà des règles en matière d'inscription, il est certain que les contrats de bail y seront soumis sans que l'article 3 soit nécessaire. Je suggère de changer la rédaction pour dire ce que nous voulons, à savoir que l'inscription des baux, étant une bonne pratique, doit être impérative.
5. **Article 7(1):** il doit y avoir une erreur parce que ce que l'on veut dire est que le créancier du preneur ne peut pas porter atteinte à tout droit appartenant au bailleur.
6. **Article 7(2):** je suggère d'insérer les mots suivants en fin de phrase "... qui ne peut porter atteinte à un droit sur le bien loué mais dans la mesure prévue par le contrat de bail". Cette adjonction a pour signification et objectif d'indiquer que si le créancier du bailleur porte atteinte à un droit sur le bien, il doit reconnaître et respecter le fait que ce bien (i) a été donné pour l'usage du preneur, et que cet usage doit être respecté, et que ce bien (ii) a été promis à la vente (à travers l'offre de l'option d'achat) au preneur pour un prix donné. Les créanciers du bailleur doivent respecter ces deux dispositions.
7. Il y a plusieurs références, dans la version anglaise du texte, à l'article 0, je suppose que cela fait partie du processus en cours. Ai-je raison ? ¹
8. **Article 11:** cet article omet de définir qui perd en cas de dommage. S'agira-t-il du bailleur, du preneur ou du fournisseur ? Notre proposition est ici incomplète.
9. **Article 13(1):** ici encore, l'article omet d'indiquer que la demande du crédit-preneur doit être adressée au fournisseur et non pas au crédit-bailleur.
10. **Article 13(2)(b):** il me semble que le concept de "difficulté à ... découvrir" constitue une source de litige. Il nous faut être plus précis dans la détermination des critères. "Difficile" est un jugement que l'on ne peut pas laisser à l'imagination ou à l'appréciation des parties, même pas au juge. On a besoin d'un paramètre objectif.
11. **Article 14(3):** ce paragraphe doit être supprimé. Je ne me souviens pas avoir donné mon accord sur ce point. C'est extrêmement dangereux. Cela impose la charge de la preuve au bailleur ou au preneur, selon le cas, et cela va potentiellement générer soit la violation de contrôles sains du crédit, soit la violation des conditions imposées aux preneurs en vertu du droit de propriété intellectuelle ou du droit de la concurrence, ce qui peut être potentiellement très dommageable.
12. **Article 22(2):** il faut ajouter que le bailleur dispose librement du bien, à condition que le preneur n'ait pas opté pour l'achat du bien. Cette adjonction semble superflue mais elle est nécessaire pour des raisons de clarté, en particulier dans les marchés émergents.

¹ *Note du Secrétariat:* ce commentaire se réfère à une erreur technique dans la version anglaise "propre" de l'avant-projet. Cette erreur n'apparaît pas dans la version française, ni dans la version anglaise "marked up". Une version anglaise "propre" corrigée a été distribuée aux membres du Comité consultatif par la suite.

EQUIPMENT LEASING ASSOCIATION DES ETATS-UNIS D'AMERIQUE

I. OBSERVATIONS SUR LE ROLE ET L'UTILITE DE L'AVANT-PROJET DE LOI TYPE D'UNIDROIT SUR LE LEASING

UNIDROIT travaille actuellement à l'élaboration d'un projet de Loi type sur le *leasing* dont l'objectif déclaré est de combler le besoin d'un cadre juridique permettant au *leasing* de se développer dans les pays en développement. M. Martin Stanford, UNIDROIT, a exprimé ce sentiment au Président de l'*Equipment Leasing Association* ("ELA"), M. Michael Fleming, le 29 juin 2005, à la suite d'un entretien personnel.

"Nous étions d'accord sur l'importance de garder un esprit ouvert en ce qui concerne le champ d'application de la future Loi type, et par conséquent la possibilité qu'elle couvre les petits comme les grands projets d'équipement. Il est clair que l'objectif principal de la Loi type doit nécessairement être de répondre aux besoins réels des marchés auxquels nous pensons, à savoir les économies en développement ou en transition, tout en tenant compte en même temps des différences dans leurs cadres juridiques."

Par ailleurs, le Secrétariat d'UNIDROIT a préparé un excellent document à l'attention du Comité consultatif portant sur les questions à traiter lors de l'élaboration de la Loi type. Dans l'introduction, le document indique:

"La présente note ne devrait pas être entendue comme l'esquisse d'un loi type complète sur le *leasing*, ni comme une liste exhaustive des questions qui pourraient se poser lors du processus d'élaboration. Elle ne vise qu'à mettre en lumière des questions particulières et, loin de vouloir limiter la contribution du Comité à des commentaires sur les questions énumérées, la note n'est qu'un point de départ. Les opinions du Comité sur des questions qui ne figurent pas dans le présent document seront aussi importantes que ses commentaires sur les questions indiquées. A cette fin, le Secrétariat encourage le Comité consultatif à identifier les éléments d'une législation en matière de *leasing* qu'il voit comme susceptibles de poser les plus grandes difficultés afin que le premier projet de la loi puisse bénéficier de la contribution préalable du Comité consultatif."

Au cours de ses travaux d'élaboration du projet de Loi type, le Comité consultatif réuni pour donner des indications à UNIDROIT sur le champ d'application et le contenu de la Loi type, ainsi que le Rapporteur du projet, M. Ronald DeKoven, ont mis l'accent sur les questions juridiques et, dans une certaine mesure, sur le(s) produit(s) de *leasing* qui existeraient en vertu du droit. Il n'est cependant pas évident que les objectifs principaux indiqués par M. Stanford dans sa communication à M. Fleming soient totalement considérés dans le projet. Il est peu évident que le Comité consultatif ait pleinement considéré les marchés et les clients qui pourraient en bénéficier.

Pour qui ce projet de Loi type est-il utile ? Il faut se poser la question. Le *leasing* est un mécanisme puissant pour créer des capitaux. En ce sens, c'est le *leasing* qui ajoute de la valeur à tous les marchés économiques, et non pas le droit du *leasing* en soi. Qu'il s'agisse de la Banque mondiale, d'un gouvernement d'un pays dont l'économie est en développement, d'une petite ou moyenne entreprise ou d'une organisation financière qui soit prêt à offrir un financement par crédit-bail – l'objectif est la création de capital à des fins productives. Le droit du *leasing* n'est que le moyen.

La Loi type d'UNIDROIT ne peut pas jouer un rôle dans le développement du *leasing* si elle est rédigée pour les marchés économiques tels qu'ils existent aujourd'hui, plutôt que comme ils devraient être. Les économies nationales ainsi que les petites et moyennes entreprises ont besoin de cette loi. Par exemple, le projet de Loi type ne peut pas réellement créer du capital s'il favorise un produit de *leasing* qui se limite à un produit totalement amortis. Ce n'est alors qu'un achat avec financement. Cela limite le choix du marché. Le *leasing* crée du capital lorsqu'il ne s'agit pas d'un bail à remboursement total, que des positions résiduelles sont prises et que des marchés secondaires pour le matériel se développent. Le projet ignore la réalité du marché selon laquelle les clients/preneurs tirent souvent des avantages d'un bail à court terme de deux ou trois ans. Les options, la souplesse et les choix sont à la base des économies.

Le Comité consultatif considère-t-il la Loi type comme son objectif, ou se demande-t-il quel rôle il veut que le *leasing* joue dans les économies en développement ? Selon l'objectif, on pourrait avoir des versions très différentes de la Loi type. Le Comité consultatif se concentre-t-il trop sur la situation actuelle ou sur ce que les conseillers se sentent en mesure de rédiger, au lieu de permettre un marché plus large au sein duquel il peu y avoir des changements et une certaine croissance au fil des années ?

Qui prend la parole pour les milliers d'entreprises situées dans des pays à économies qui se développent et mûrissent et qui ont des besoins très divers en termes de financement pour l'acquisition de matériel d'équipement ? La Loi devrait aller dans la direction du marché. Il est probablement prudent de dire que les petites et moyennes entreprises opteront au début pour des opérations à remboursement total. Mais la Loi type ne devrait pas être rédigée de façon à imposer que lorsque ces sociétés deviendront plus sophistiquées et que leurs économies grandiront, le produit à disposition restera réduit avec une habilité limitée à suivre les besoins de leurs entreprises aujourd'hui et ce qu'ils pourraient être.

Les Gouvernements nationaux s'intéresseront à cette Loi type et compteront sur elle. Elle devrait être rédigée de façon élargie. Chaque Gouvernement national pourra la mettre en œuvre de façon plus étroite s'il estime que les circonstances justifient une version plus limitée. Toutefois la Loi type ne devrait pas être limitée – elle constitue *Le modèle*.

Au cours de la réunion du mois d'avril du Comité consultatif, nous espérons que tous les participants examineront la question de savoir si leur objectif de la Loi type devrait être SUFFISAMMENT BON ou AUSSI BON QUE POSSIBLE.

II. COMMENTAIRES SUR LE TEXTE DE L'AVANT-PROJET DE LOI TYPE SUR LE LEASING

L'*Equipment Leasing Association*, à travers son Groupe de travail UNIDROIT 2006 (le "Groupe de travail"), a examiné l'avant-projet de Loi type sur le *leasing* (la "Loi type") et le considère comme non satisfaisant. Il y a un consensus au sein du Groupe de travail pour dire que la Loi type ne servira pas à promouvoir le *leasing* dans les pays visés. Cette conclusion a été soutenue lors de discussions avec diverses sociétés membres de ELA impliquées dans ce type d'activités au niveau global. L'opinion du Groupe de travail et des bailleurs ELA qui travaillent activement au niveau international est que la Loi type n'atteint pas son objectif parce qu'elle n'offre pas de motivations et de protections juridiques sérieuses aux sources de financement pour offrir des produits de *leasing*. Le rôle d'un bailleur en vertu d'un bail dans lequel le bailleur est simplement une source de financement est analogue à celui d'un prêteur dans une opération de prêt, et toute loi en matière de financement de l'emprunt fonctionne mieux lorsqu'elle est créée et appliquée avec à l'esprit les similitudes d'un crédit-bailleur et d'un prêteur. Dans la mesure où ils ont des obligations parallèles et des droits analogues, l'industrie du crédit-bail dans l'Etat qui adopte la loi devrait se développer

et grandir. Dans la mesure où une source de financement comme une banque ou un établissement financier envisage de pénétrer un marché (comme la Chine) et détermine que la loi traite mieux un prêteur qu'un crédit-bailleur, cette source de financement préférera probablement prêter que louer, et si elle loue, elle le fera à un coût plus élevé pour tenir compte des risques juridiques supplémentaires, et seulement aux clients peu nombreux qui pourront satisfaire aux conditions de crédit plus strictes rendues nécessaires en raison de ces risques supplémentaires. Dans tous les cas, l'industrie du *leasing* souffrira. Notre expérience le prouve. Il y a un grand nombre de pays dans lesquels des sociétés membres de l'ELA prêteront mais ne loueront pas en raison des obstacles juridiques ou réglementaires.

L'intérêt de tout pays qui essaie d'élaborer une loi en matière de *leasing*, mais aussi celui des bailleurs et des preneurs potentiels, est de garantir que la version finale de toute loi type sur le *leasing* reflète le besoin d'attirer des sources de financement vers le *leasing* aussi bien que vers le prêt. Le Comité consultatif est certainement conscient des avantages que revêt pour l'économie locale un marché du *leasing* florissant: la disponibilité d'un financement à 100%; l'accès de sociétés *start-up*, ou de sociétés plus petites, moins solvables, à ce type de financement du matériel d'équipement, dont nombre d'entre elles n'auraient pas droit au financement sur ressources d'emprunt; et de faire passer le risque de valeur résiduelle du preneur au bailleur. Ces avantages n'existeront pas si l'on érige des barrières artificielles ou si, dans l'espoir de protéger les preneurs contre des bailleurs voulant aller trop loin ou peu scrupuleux, l'on adopte des dispositions réglementaires qui auront pour résultat que les bailleurs ne se lanceront pas dans le marché du *leasing* ou à un coût plus élevé. Si la protection des preneurs à cet égard est un objectif louable, en voulant promouvoir cet objectif, la Loi type ne devrait pas perdre de vue son objectif primaire qui est la croissance de l'industrie du *leasing* dans les pays en développement.

Les commentaires du Groupe de travail sur les dispositions spécifiques du projet sont les suivants:

Définition du crédit-bail. La question la plus importante que nous voyons dans la Loi type continue d'être la condition que les loyers payés dans une opération de crédit-bail doivent être "calculés pour tenir compte de l'amortissement de la totalité ou d'une partie importante du coût du bien". Que le loyer payé en vertu d'un bail s'élève ou non au recouvrement total du coût du bien donné à bail importe peu au regard des protections juridiques accordées à un bail lorsque le bailleur agit simplement en tant que source de financement. Les seuls facteurs importants devraient être de savoir si le bailleur a acquis le bien pour le louer à un preneur, si le preneur a choisi le fournisseur, si le bailleur n'est pas le fournisseur du bien et si le preneur et le bailleur pensent faire appel au fournisseur en ce qui concerne le bien, son design, sa qualité, sa condition et son adaptabilité à un but particulier. La condition posée par la Loi type d'un bail à remboursement total ("*full payout lease*") est un moyen artificiel qui n'est important ni pour les bailleurs ni pour les preneurs. Cette exigence ignore la réalité qui est que la plupart des preneurs retirent un bénéfice d'un bail à court terme. Cela leur permet de mieux gérer leur matériel, de répondre aux changements dans les économies locales et leurs perspectives commerciales, de se prémunir contre l'obsolescence technologique et ils peuvent tirer des avantages des fluctuations du marché en ce qui concerne la valeur résiduelle. La Loi type devrait encourager cette souplesse mais, en exigeant un bail à remboursement total, le résultat de la Loi type sera de faire hésiter les preneurs avant de prendre à bail parce que les conséquences de ce type de bail sont beaucoup plus importantes sur le résultat financier du preneur. Parmi les conséquences négatives de cette décision, on compte le fait que les preneurs auront trop de matériel au moment où l'économie ou son activité ralentira, et les preneurs auront sur les bras à l'expiration du bail un bien qui pourrait ne pas être le plus utile pour leur activité commerciale. Nos inquiétudes seraient satisfaites si la clause (c) était modifiée en ce sens que "sont calculés" devraient être remplacés par "peuvent être calculés".

Nous sommes également d'avis qu'il faudrait modifier la clause (a) de la définition de "Crédit-bail" pour en supprimer les mots "sans faire appel de façon déterminante à la compétence du crédit-bailleur". Ils semblent introduire un critère subjectif sans aucune exigence que l'appel doive être raisonnable ou même connu du bailleur. En vertu de ce texte, une simple suggestion du bailleur peut être suffisante à satisfaire cette exigence de faire appel. Nous estimons que la question est au contraire de savoir qui choisit le fournisseur. Si c'est le preneur qui choisit le fournisseur, le fait de savoir comment il arrive à cette décision est sans importance en ce qui concerne le crédit-bail. Souligner ce libellé semble vouloir donner l'idée que le preneur est la partie faible et a besoin de protection peut-être même contre ses mauvaises décisions. La Loi type devrait refléter le fait que les preneurs sont capables de gérer leurs propres activités et ne sont pas, juridiquement parlant, incapables de prendre leurs décisions fondées sur la compréhension de ce qui est le mieux pour eux, y compris avec quelles parties conclure un contrat.

Définition du contrat de fourniture. Nous suggérons qu'un terme aussi important que "contrat de fourniture", et qui est autant utilisé dans le projet de Loi type, devrait être défini. Le contrat de fourniture est fondamental pour de nombreuses obligations et droits des parties et, certainement, si la Loi type estime important de définir le "centre des intérêts principaux", un effort peut être fait pour définir le "contrat de fourniture". Nous encourageons l'utilisation de la définition que nous avons fournie précédemment ².

Chapitre II (ancien). Le Groupe de travail comprend le raisonnement derrière la suppression des dispositions générales de droit des contrats (ancien Chapitre II). Toutefois, il y a eu un consensus au sein du Groupe de travail pour dire que ces dispositions donnaient une certaine certitude aux bailleurs qui entrent sur un marché sur le fait qu'il y avait une loi qui couvrait ces principes généraux des contrats. Cette opinion s'est renforcée à la suite de discussion avec des bailleurs de l'ELA ayant une longue expérience commerciale dans des pays en développement. Ils ont indiqué que, dans de nombreux pays, l'application des lois générales sur les contrats à leurs opérations est problématique et le conseiller sur place est souvent dans l'impossibilité de donner un avis certain quant aux dispositions réglementaires qui régissent certaines de ces questions de droit général des contrats. Tout particulièrement, il y a incertitude sur la question de savoir si la règle de la preuve orale s'applique dans une opération donnée. Ainsi, le Groupe de travail demande au Comité consultatif de revoir sa position quant à la suppression de l'ancien Chapitre II. La Loi type peut prévoir que, dans la mesure où d'autres lois du pays qui adopte la Loi type régissent une question de droit général des contrats, la Loi type s'en remet à ces autres lois.

Article 4 – Liberté contractuelle. Comme nous l'avons suggéré dans nos commentaires relatifs au texte précédent, l'article 4 devrait dire clairement que le preneur et le bailleur peuvent non seulement fixer le contenu du bail, mais aussi modifier les effets de la Loi type. Le concept qu'il conviendrait de rendre explicite en ce qui concerne la "liberté contractuelle" est que le bailleur et le preneur sont libres de déterminer s'ils souhaitent appliquer certaines dispositions particulières de la Loi type. Si, par exemple, le preneur et le bailleur choisissent d'appliquer des dispositions différentes concernant la fin du contrat, il serait utile que la Loi type prévoie expressément leur droit de ce faire.

Article 6 – Crédit-preneur en vertu d'une opération de crédit-bail en tant que bénéficiaire du contrat de fourniture. Le paragraphe 1(c) reflète le concept selon lequel un bailleur est "tenu de prendre les mesures commercialement raisonnables pour aider le crédit-preneur à surmonter" tout obstacle résultant de l'absence de lien contractuel entre le crédit-preneur et le fournisseur. Il

² *Note du Secrétariat:* la définition donnée par l'ELA pour le projet de texte antérieur est la suivante, "Contrat de fourniture désigne le contrat en vertu duquel le bailleur achète ou loue le matériel chez le fournisseur pour le louer à un preneur, que ce dernier ou le contrat de bail en question ait ou non été identifié au moment de l'achat ou du bail. Un contrat de fourniture peut consister en un ou plusieurs documents."

s'agit d'une obligation à la charge du bailleur qui n'est pas nécessaire. En vertu d'une opération de crédit-bail, le crédit-preneur choisit le fournisseur, et le crédit-preneur est tout à fait capable, au moment du choix, de traiter avec le fournisseur et d'exiger de lui qu'il ajoute au contrat de fourniture les dispositions qu'il estime appropriées. Utiliser le critère de mesures commercialement raisonnables équivaut à ignorer la probabilité que le bailleur puisse ne pas avoir la capacité de prendre de telles mesures. Le bailleur peut être une entreprise locale avec des ressources limitées et le fournisseur pourrait se trouver à l'autre bout du monde. Dans une telle situation, il semble injuste d'attendre du bailleur qu'il débâte de questions juridiques en vertu du droit local du fournisseur. La Loi type veut-elle réellement exposer ces bailleurs à devoir assumer les obligations du fournisseur en vertu du contrat de fourniture ? Le fait d'imposer ce type d'obligation ne va pas stimuler la croissance d'une industrie du *leasing* locale. En outre, le critère qui donne lieu à l'obligation du bailleur est que le preneur est désavantagé en raison de l'absence de lien contractuel. On pourrait soutenir que l'absence de lien contractuel constitue toujours un désavantage parce que le preneur est obligé en premier lieu de prouver qu'il a le droit de faire valoir le contrat de fourniture parce que cela est prévu par le droit, comme la Loi type, ou parce qu'il est le bénéficiaire en vertu du contrat de fourniture. Alors que l'ELA estime fermement que le concept devrait être supprimé, s'il devait être retenu, le critère devrait être de savoir si l'absence de lien contractuel empêche ou non le preneur de faire valoir le contrat de fourniture.

Article 8 – Responsabilité à raison du décès, des dommages aux personnes et aux biens causés aux tiers. Encore une fois, le texte introduit le concept du preneur qui fait appel à la compétence du bailleur, en y ajoutant celui de l'intervention du bailleur dans le choix du fournisseur. L'ancien concept était une mauvaise idée dans la définition du crédit-bail et il n'est pas amélioré en l'introduisant dans cet article. Ce libellé entraîne seulement deux résultats certains: en premier lieu, tout preneur qui doit faire face à une perte du type de celle couverte par l'article 8 sera économiquement motivé pour soutenir qu'il a fait appel à la compétence du bailleur et, en second lieu, en raison du premier résultat, les bailleurs seront peu disposés à donner des biens à bail qui pourraient les exposer à ce type de revendication, ou acquérir des biens chez des fournisseurs dont les marchandises ont fait l'objet de telles revendications. Le nouveau concept d'intervention est troublant parce que vague. Le Groupe de travail regroupe collectivement presque un siècle d'expérience en matière de *leasing*, et nous ne sommes pas parvenus à nous mettre d'accord sur les actions couvertes par ce libellé. Pourquoi devrait-on attendre d'un juge dans un pays ayant peu d'expérience en matière de crédit-bail qu'il comprenne cette rédaction ? Nous pensons que les bailleurs ne souhaiteront pas assumer ce risque.

Article 9 – Irrévocabilité. Le paragraphe 1(b) est un autre exemple dans lequel la Loi type crée des obligations sans bénéfices proportionnés. Pourquoi chaque obligation doit-elle être spécifiquement identifiée ? Nous imaginons que les preneurs comprendraient si un bail prévoyait que "toutes les obligations d'un preneur sont irrévocables et indépendantes."

Article 10 – Risque de pertes. Le paragraphe 1 devrait dire clairement que le risque de pertes est transféré du fournisseur au preneur et non pas du bailleur au preneur.

Article 12 – Acceptation. Nous préférons la version du paragraphe 2 qui figurait dans le projet précédent, telle que modifiée par nos commentaires³. Avec la rédaction actuelle, nous supposons

³ *Note du Secrétariat:* la version du paragraphe 2 de l'avant-projet précédent, avec les modifications proposées par l'ELA, se lit ainsi: "Sauf dans une opération de crédit-bail, lorsque le preneur a accepté le matériel, il peut encore prétendre à des dommages-intérêts pour non-conformité, mais et le preneur ne peut révoquer son acceptation du matériel en vertu de l'article 27 que si la non-conformité amoindrit de façon substantielle la valeur du matériel et que (a) le preneur a accepté le matériel sans avoir connaissance de la non-conformité, en raison de la difficulté de la découvrir, ou que (b) l'acceptation par le preneur a été provoquée par les assurances données par le bailleur ou le fournisseur."

que c'est le fournisseur et non pas le bailleur qui paiera les dommages-intérêts visés et, si c'est le cas, il serait utile que le texte le dise clairement.

Article 14 – Cession. Lors de son examen de l'avant-projet précédent, le Groupe de travail a soumis le texte d'une clause de renonciation à recours dans les commentaires sur cette disposition⁴. La disposition de renonciation à recours ne figurait pas dans le texte révisé. Nous pensons que la décision de ne pas inclure une clause de renonciation à recours est une erreur. Elle ignore la réalité qui est qu'un bailleur doit se procurer des capitaux pour acquérir des marchandises et les louer ensuite. Habituellement les bailleurs empruntent des fonds par la vente ou le nantissement du flux de loyers de baux existants. Pour que le flux de loyers constitue une garantie des plus efficaces, les prêteurs auront besoin d'assurances sur le fait qu'aussi longtemps que le preneur est en mesure de payer le loyer, le loyer sera payé, et cela comprend les protections des prêteurs contre toute actions du preneur à l'encontre du bailleur. Cette forme de financement est très commune aux Etats-Unis et ailleurs et ne semble pas avoir entraîné un *hardship* important pour les preneurs. D'un autre côté, refuser à de telles sources de financement une disposition réglementaire de renonciation à recours aurait pour seul objectif de limiter l'accès des bailleurs aux capitaux et d'augmenter le coût du capital disponible, ce qui, à son tour, retardera la croissance du *leasing* dans le pays en question.

Le paragraphe 3 constitue un autre problème grave qui risque de bouleverser la croissance de l'industrie du *leasing*. Habituellement, si une cession est interdite, elle ne devrait pas produire des effets si les parties procèdent néanmoins. Tout cessionnaire, qu'il reçoive du bailleur ou du preneur, doit savoir ce qu'il acquiert, et si la cession est interdite par les dispositions du bail ou autres, quel est l'objectif poursuivi par la Loi type en donnant effet à cette cession malgré l'interdiction ? Il faudrait reconnaître que toutes les cessions ne sont pas les mêmes, et qu'un traitement différent est nécessaire. Une différence évidente est celle entre les marchands et les exploitants de matériel. Si le bailleur loue des marchandises à un marchand de biens de même nature, le bailleur ne peut pas se plaindre lorsque le marchand sous-loue ces biens. Toutefois, lorsqu'un bailleur loue des biens à un exploitant, ce bailleur fait appel à la capacité de crédit et à la réputation de l'exploitant, et il devrait pouvoir compter sur ces caractéristiques pendant toute la durée du bail. Nos commentaires faits sur la version précédente de la Loi type identifiaient plusieurs catégories de cessions qui pourraient avoir lieu même si elles sont autrement interdites⁵, mais comme ces observations ont été rejetées, nous supposons que cet article s'applique à tout type de cession et c'est trop. Ce texte ignore le droit du bailleur sur les biens baillés et le besoin de garantir que la partie qui les exploite respecte ce droit.

⁴ *Note du Secrétariat*: le texte proposé par l'ELA concernant la clause de renonciation à recours se lit ainsi: "Un accord par le preneur selon lequel il ne fera pas valoir à l'égard du cessionnaire du droit du bailleur toute créance, moyen de défense, compensation ou droit d'annuler ou de résilier le contrat de bail que le preneur pourrait avoir à l'encontre du bailleur est opposable par le cessionnaire si ce dernier (a) a accepté la cession de bonne foi, (b) a obtenu la cession à titre onéreux et (c) n'a pas été notifié au moment de la cession du fait que le preneur disposait de la créance, moyen de défense, compensation ou du droit d'annuler ou de résilier le contrat de bail. "Bonne foi" désigne l'honnêteté dans les faits et le respect des exigences de la bonne foi en matière commerciale. Un cessionnaire obtient à titre onéreux (i) dans la mesure où la *consideration* convenue a été exécutée, ou (ii) lorsque ce cessionnaire accepte la cession du contrat de bail en paiement ou en tant que garantie pour une créance antécédente, ou (iii) lorsque ce cessionnaire donne un titre négociable pour la cession en question." [*Note du Secrétariat*: le terme "*consideration*" est un concept de droit anglo-saxon qui n'a pas d'équivalent en droit civil.]

⁵ *Note du Secrétariat*: dans les commentaires en question, l'ELA proposait qu'une cession qui est interdite par le contrat de bail produit des effets "(a) si cette cession est une cession du droit du bailleur de recevoir les sommes qui lui sont dues en vertu du contrat de bail, ou d'en exiger le paiement; ou (b) si une autre loi de cet Etat autorise expressément une cession des droits d'un bailleur ou d'un preneur malgré les interdictions contractuelles."

Article 21 – Résiliation. Le paragraphe 2 pourrait dire clairement que la disparition des obligations contractuelles ne fait pas disparaître toutes les mesures à la disposition de la partie lésée. Nous préférons voir dans cet article une possibilité de remédier à toute inexécution avant de permettre la résiliation. A défaut d'un droit de remédier, nous sommes préoccupés qu'une partie puisse utiliser une inexécution technique ou non matérielle de l'autre partie comme excuse pour sortir du bail qu'il estime ne pas être dans son intérêt. Nous ne savons pas non plus bien ce qui arrive au cessionnaire d'un droit du bailleur dans un bail si le preneur, en cas d'inexécution du bailleur, résilie le bail. La Loi type suggère-t-elle que le cessionnaire n'a pas d'autres droits dans le bail et le flux des loyers ?

LEASEUROPE

I. COMMENTAIRES DE LEASEUROPE APRES LA DEUXIEME SESSION DU COMITE CONSULTATIF, 6-7 FEVRIER 2006 ⁶

Suite à l'invitation faite par UNIDROIT dans le document "Etude LIXA - Doc. 5 – février 2006" de soumettre – avant que le projet révisé ne soit disponible – des suggestions quant au contenu du Préambule et aux dispositions qui, selon nous, devraient être impératives, nous souhaiterions souligner les questions suivantes:

1) *Contenu du Préambule*

Au niveau européen et pour les sociétés cotées en bourse qui doivent mettre en œuvre les normes de comptabilité internationales (IAS), ainsi que pour d'autres sociétés pour autant que leur Autorité locale en décide ainsi:

Il faut considérer 2 catégories:

Une opération de crédit-bail - contrat dans lequel il y a un transfert important de risques et de rémunérations au preneur

Un bail d'exploitation - autres contrats qui ne sont pas des opérations de crédit-bail

Dans les deux cas, le bailleur est le propriétaire.

On souligne toutefois que le classement dans une catégorie ou une autre ne dépend pas de l'existence d'une option d'achat.

2) *Qualification du crédit-bailleur dans une opération de crédit-bail*

Nous pensons fermement qu'il faut, dans les définitions de la Loi type, préciser que, dans les opérations de crédit-bail, le crédit-bailleur doit être un établissement de crédit ou une institution financière autorisé par les règles et les lois de son propre pays.

⁶ *Note du Secrétariat:* Leaseurope a soumis les commentaires qui sont ici reproduits dans la Partie I le 3 mars 2006, avant la transmission de l'avant-projet révisé.

3) *Différences entre les versions anglaise et française*

Nous avons remarqué une différence entre les versions anglaise et française du texte de la Loi type: dans le texte français, dans la définition du crédit-bail, les termes de crédit-bailleur et de crédit-preneur sont utilisés, alors que dans la définition du bail, seuls les termes de bailleur et preneur sont utilisés. Il pourrait être utile de préciser que les termes de preneur et bailleur se réfèrent également au crédit-bailleur et au crédit-preneur. Il conviendrait toutefois de souligner que, en français, les mots "preneur" et "bailleur" sont plus appropriés pour un simple contrat de "bail" (par opposition à un contrat de crédit-bail).

4) *Articles à considérer comme impératifs*

- Article 10 [nouvel article 6] – Crédit-preneur en vertu d'une opération de crédit-bail en tant que bénéficiaire du contrat de fourniture
- Article 13 [nouvel article 8] – Responsabilité à raison du décès, des dommages aux personnes et aux biens causés aux tiers
- Article 14 [nouvel article 10] – Risque de pertes
- Article 18(1) [nouvel article 15(1)(a)] – Garantie de l'éviction ou de tout trouble de jouissance

II. COMMENTAIRES DE LEASEUROPE SUR LE TEXTE DE L'AVANT-PROJET REVISE

1) *Article 2 – Définitions*

- Nous pensons fermement qu'il faut introduire dans la Loi type le principe selon lequel, **dans les opérations de crédit-bail, le crédit-bailleur** doit être un "établissement de crédit", une "institution financière ou une "compagnie constituée" ("*corporate company*") autorisé par les règles et lois de son propre pays.
- Nous notons une **différence entre les versions anglaise et française** du texte de Loi type révisé:
 - dans le texte anglais, dans la définition de "*Financial lease*" et de "*Lease*" les parties sont appelées *lessor* et *lessee*;
 - dans le texte français, de façon plus correcte, dans la définition de "Crédit-bail", les termes de *crédit-bailleur* et de *crédit-preneur* sont utilisés, et dans la définition de "Bail" on trouve "Bailleur" et "Preneur".

Notre proposition est d'insérer une définition spécifique du "***Lessor in the financial lease***" ("Crédit-bailleur" dans le texte français) et du "***Lessee in the financial lease***" ("Crédit-preneur" dans le texte français).

- Nous pensons que la nouvelle définition du "Bien" devrait clairement se référer aux **baux immobiliers et de logiciels**, parce que ce n'est pas clair dans la définition.
- Il devrait y avoir une meilleure définition de "**Bail d'exploitation**" ("*Operating lease*" serait préférable en anglais).

2) **Article 9 – Irrévocabilité**

Selon nous, les obligations du crédit-preneur à l'égard du crédit-bailleur ne devraient devenir irrévocables et indépendantes, dans une opération de crédit-bail, qu'à la signature du contrat de bail par les parties. Nous proposons de supprimer les mots "*et de fourniture*" de l'article 9(1)(a).

3) **Article 10 – Risque de pertes**

Selon nous, dans une opération de crédit-bail, si aucune date de transfert n'est convenue, le risque de pertes ne devrait être transféré au crédit-preneur qu'à la signature du contrat de crédit-bail par les parties. Nous proposons de supprimer les mots "*et de fourniture*" de l'article 10(1).

M. PETER

Préambule: la SFI est mentionnée dans un paragraphe spécial. C'est absolument justifié mais est-ce politiquement judicieux ?

Article 2 - Définitions: je n'aime pas le terme "personne". N'existe-t-il pas un terme meilleur? Nous parlons d'entités commerciales et donc "personne" ne me semble pas approprié.

Crédit-bail: je voudrais voir ajouter le fait que le crédit-bailleur n'acquiert le matériel qu'à la demande du crédit-preneur dans le but de le lui louer. (Voir également la définition de la SFI et les "*UNIDROIT Essentials*"). En outre, je propose d'ajouter explicitement que plusieurs options sont possibles à l'expiration du contrat de bail (sans changer la nature juridique du contrat!).

Bail d'exploitation: je voudrais ajouter un ou deux critères de la définition de "Operating Leasing" de la SFI – principalement la différence juridique et commerciale.

Article 8(2): je voudrais ajouter "...en cette qualité [et en tant que propriétaire],...".

Article 13(2)(a): supprimer la dernière phrase ou définir ce que signifie "raisonnable". Deux parties ne seront probablement jamais d'accord sur ce terme – et le juge devra intervenir – ce qui n'est pas notre objectif.

Les droits minimum du preneur en cas de reprise de possession sont-ils considérés appropriés ? J'en doute et je suggère que nous trouvions un terme qui soit suffisamment clair et permette d'éviter que le juge ne doive définir une rédaction imprécise.

Mme SHI

Outre les résultats de ma recherche présentée à la fin de la deuxième session du Comité consultatif, le principal débat – qui constitue une question fondamentale pour la Loi type sur le *leasing* – porte sur la question de savoir comment comprendre le *leasing*, selon une perspective juridique pour l'objectif que nous recherchons, ou selon d'autres perspectives pertinentes, comme celles des marchés du *leasing*, de la comptabilité, de la fiscalité et du contrôle, parfois des biens baillés. D'un autre côté, pour quoi allons-nous légiférer ?

La confusion des membres du Comité consultatif vient du fait que nous ne savons pas de façon claire pourquoi nous légiférons, en raison de la compréhension incomplète que les membres ont de l'industrie du *leasing*.

Par ailleurs, les membres du Comité consultatif mélangent les questions comptables avec notre loi relative aux aspects juridiques.

Permettez-moi d'expliquer dans les grandes lignes les raisons pour lesquelles le régulateur comptable se concentre sur la relation entre le montant de l'amortissement et c. Tout d'abord, la création du crédit-bail dans les années 50 (je parle ici de tous les types d'opérations de bail) a créé un puzzle pour le régulateur comptable. Ce dernier a pensé que le crédit-bail ne répondait pas aux conditions du principe comptable selon lequel le preneur dans une telle opération aurait à sa charge le risque réel d'investissement, mais bénéficierait des revenus liés à l'exploitation du bien loué sans inscrire les biens loués dans sa comptabilité conformément aux conditions comptables de l'époque. Pourquoi une telle situation ? Qu'est-ce qui n'allait pas ? Après de nombreuses années de débat dans le domaine comptable, les régulateurs comptables ont finalement élaboré un nouveau type de propriété – la propriété économique – et changé le principe comptable, à savoir que l'inscription d'un actif est en substance fondée sur sa propriété économique, autre que la propriété juridique. Par conséquent, les biens loués devraient être inscrits dans les comptes de son propriétaire économique. Par ailleurs, la relation entre le montant de l'amortissement et l'investissement par la location est devenue le critère fondamental pour distinguer le propriétaire économique d'un bien loué, entre le bailleur et le preneur, ainsi que le choix de l'option concernant les biens loués à l'expiration du bail.

Selon la philosophie ci-dessus, nous voyons que l'un des inconvénients de la Convention d'Ottawa sur le crédit-bail international est que, en définissant l'opération de crédit-bail aux fins de la loi, elle tient compte d'un critère comptable visant à distinguer la propriété économique.

Mais je regrette que les membres du Comité consultatif ignorent les avantages de la Convention d'Ottawa qui utilise une expression propre du crédit-bail, terme qui a été largement accepté dans cette industrie de par le monde. Je pense que les membres du Comité sont en train d'adopter à tort les critères de classification de l'industrie du *leasing* autres que le droit.

Voici mes conclusions:

1. Un bail est un type d'opération, autre qu'une vente ou un prêt, etc., dans laquelle une personne, le bailleur, acquiert un bien puis octroie un droit d'usage et de jouissance à une autre personne, le preneur, pour une certaine durée en échange de loyers.
2. Du point de vue juridique, fondé sur le critère de la prise de décision d'un investissement par la location, critère qui nous indique qui, le bailleur ou le preneur, a le droit principal dans l'opération, tous les types d'opérations dans l'industrie du bail peuvent être divisés en deux: une catégorie dans laquelle le bailleur choisit le bien loué, appelée bail opérationnel, location, location à court terme, location traditionnelle, etc.; et une seconde catégorie dans laquelle le preneur choisit le bien loué, appelée crédit-bail, catégorie qui contient la location financière, le bail d'exploitation, la sous-location, le bail à effet de levier et ainsi de suite selon la façon dont ils sont classés.
3. Le crédit-bail est le dernier arrivé dans l'industrie du bail. Seul le crédit-bail est lié aux marchés de capitaux et il a une fonction beaucoup plus importante dans une société. Voici les raisons historique et économique pour lesquelles il nous faut légiférer sur ce point !

4. Les droits et obligations que nous formulons pour le bail financier dans le texte actuel sont en fait ceux du crédit-bail.

M. SULTANOV

I. COMMENTAIRES SUR LES ARTICLES

Article 2 - Définitions

Définition du "bien"

Commentaire:

On recommande d'indiquer dans le commentaire que tous les biens meubles et ceux fixés à un immeuble ne peuvent pas être des biens loués. Il faudrait prévoir une limitation selon laquelle seuls les produits non destinés à la consommation peuvent être loués. Il existe une définition des produits non destinés à la consommation dans de nombreux pays, toutefois on pourrait donner une explication selon laquelle les produits non destinés à la consommation sont les biens qui ne sont pas détruits ou transformés sous une autre forme/condition une fois utilisés et qui gardent leur forme originale pendant l'utilisation et se déprécient petit à petit.

Définition du "crédit-bail"

Commentaire:

A l'alinéa c) de la définition proposée pour le crédit-bail, l'on recommande d'appliquer le terme "compensation" au lieu d' "amortissement". Par exemple, dans plusieurs pays de l'ancienne URSS, les chapitres qui régissent le *leasing* dans le Code Civil étaient principalement fondés sur la Convention sur le crédit-bail international qui utilise également le terme "amortissement". Le mot "amortissement" a été traduit dans certaines langues par "dépréciation" et dans la définition de la redevance ("*lease payment*")⁷, cette dernière est liée aux règles de la dépréciation d'un bien loué, ce qui n'est pas correct pour les raisons suivantes:

- 1) La périodicité et le montant de la redevance doivent être convenus entre les parties et ne peuvent pas dépendre des règles de dépréciation;
- 2) Le montant de la dépréciation change selon la réévaluation des avoirs et le montant de la redevance ne doit pas nécessairement être égal au montant de la dépréciation du bien loué.

Aussi longtemps que le contexte présuppose essentiellement que c'est le **coût** du bien loué qui doit être amortis/remboursé et non pas le bien loué **déprécié**, on recommande d'utiliser un autre terme (compensation, remboursement, etc.) afin d'éviter une interprétation erronée du terme "amortissement".

⁷ Les redevances que le preneur paie en vertu du contrat de bail comprennent le coût de la partie appropriée de la dépréciation du bien loué, d'autres dépenses encourues par le bailleur et le profit du bailleur (léislation du Bélarus).

Définition du “bail” et du “bail d’exploitation”

Commentaire:

En proposant deux définitions, “bail” et “bail d’exploitation”, la Loi type crée une forte ambiguïté quant à la compréhension de son champ d’application. Le “bail” est essentiellement une opération bipartite et, dans un certain sens, c’est déjà un “bail autre qu’une opération de crédit-bail” (définition du bail d’exploitation). Il est par conséquent difficile (1) de faire une distinction entre les deux opérations et (2) de comprendre pourquoi la définition de “bail” est nécessaire si elle n’est pas utilisée dans la Loi. Nous recommandons la suppression du terme “bail”.

Le projet de Loi type est parvenu à l’équilibre juridique nécessaire entre les notions de crédit-bail et de bail d’exploitation, constitue une approche logique en matière de réglementation du *leasing* et de ses divers types, et peut devenir un guide utile pour comprendre comment la législation devrait traiter les baux en général. Il faut néanmoins évaluer comment les Etats seront en mesure d’incorporer correctement les notions de crédit-bail et de bail d’exploitation dans leur législation. Le problème qui peut se poser est que l’Etat devra faire face à plusieurs choix d’incorporation de la Loi type:

1. Adopter la loi sur le *leasing* et utiliser la Loi type qui régleme les opérations de crédit-bail et de bail d’exploitation. En raison de la législation en vigueur si l’Etat régleme déjà le bail d’exploitation (opération qui revêt des appellations différentes selon les pays), plusieurs dispositions de la Loi sur le *leasing* relatives au bail d’exploitation pourraient entrer en conflit avec d’autres lois qui traitent de la même question, et il faudra par conséquent soit rendre ces autres lois compatibles avec la Loi sur le *leasing* ou substituer les dispositions de la Loi sur les baux d’exploitation par la loi nationale⁸. Le danger est que très probablement l’Etat adoptera la Loi sur le *leasing* basée sur la Loi type et ne procédera pas aux modifications nécessaires de ces lois pertinentes pour réconcilier les diverses opérations et les baux d’exploitation, créant ainsi une confusion.

2. Adopter la loi sur le crédit-bail et utiliser les dispositions de la Loi type relatives au crédit-bail seulement.

Article 3 – Autres lois

Commentaire:

Dans les commentaires sur cet article, il est important de souligner que même si un bail qui relève de la Loi type est aussi soumis au droit commun de l’Etat régissant l’inscription d’un bail, l’Etat n’aura pas pour ambition l’inscription de tous les contrats de bail parce que cela constitue un barrière administrative et n’apporte rien aux parties. L’inscription des opérations que la loi oblige (immeubles, véhicules, etc.) est une question que ces lois doivent traiter, et celles-ci doivent prévoir que toute opération de cession de ces biens doit être inscrite, qu’il s’agisse d’achat-vente, de location, etc. Cependant, l’inscription obligatoire de tous les contrats de bail est une charge pour les parties à l’opération qui peut avoir un effet dissuasif pour ces parties de conclure un contrat.

⁸ Dans le dernier cas, le but fixé de vouloir traiter le bail d’exploitation sera inutile.

II. AUTRES DOMAINES QUE LA LOI DEVRAIT TRAITER

1. Transfert de propriété du bien loué à un tiers

La Loi reconnaît que le transfert de propriété du bien loué (comme cela peut être le cas lorsque le bailleur vend le bien, un tiers exerce l'action de forclusion ("*foreclosure action*") sur le bien loué ou lorsque le bien loué est vendu dans une vente aux enchères dans les procédures d'insolvabilité etc.) à un tiers n'aura pas pour effet de modifier ou de mettre fin au contrat de bail. A ce sujet, les droits et obligations du bailleur, précisés dans le contrat de bail, sont transférés au nouveau propriétaire. La partie qui acquiert les biens du bailleur suite à la défaillance de ce dernier ne peut que faire valoir les droits du bailleur original en vertu du bail, à savoir la perception des redevances. Les nouveaux propriétaires ne peuvent prendre possession du bien dans tous les cas où le preneur remplit encore ses obligations en vertu du bail. Les obligations et les droits sont simplement cédés par le bailleur original à la nouvelle partie.

2. Insolvabilité des parties à un bail

L'on recommande que la Loi traite les questions d'insolvabilité des parties à un bail ⁹.

Insolvabilité du bailleur: en cas d'insolvabilité du bailleur, le bien loué entre dans la masse. Le droit du preneur de poursuivre le contrat de bail demeure malgré les procédures d'insolvabilité contre le bailleur. Le créancier du bailleur qui devient propriétaire du bien loué devient le nouveau bailleur et n'a aucun droit d'imposer de nouvelles conditions au contrat, ni de demander la résiliation du contrat aussi longtemps que le preneur ne sera pas lui-même défaillant.

Insolvabilité du preneur: si une décision de liquider le preneur ou de le déclarer insolvable est prise, le bien loué ne figurera pas dans la garantie générale des créanciers et ne sera pas considéré comme faisant partie de la liquidation ou de l'actif.

3. Autorisation et contrôle de l'activité du leasing

Nous recommandons d'indiquer dans les commentaires de la Loi type que les Etats n'essayeront pas de mettre en place un système d'autorisation et de contrôle de l'industrie du *leasing*. Pour des arguments en faveur, voir le document de la SFI "*Leasing in Development: Lessons from Emerging Economies*" (anglais seulement).

CNUDCI

I. COMMENTAIRES GENERAUX

1. Ces commentaires ont été préparés pour la troisième session du Comité consultatif d'UNIDROIT chargé d'élaborer une Loi type sur le *leasing* ("le projet de Loi type"), qui aura lieu à Rome du 3 au 5 avril 2006. Les commentaires se limitent à la relation entre le projet de Loi type et le projet de Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties ("le projet de Guide").

⁹ Bien que la pratique dans de nombreux pays en développement soit d'inclure différents types de réglementations en un seul texte de loi (réglementation civile, fiscale, questions de procédure et administratives, insolvabilité, etc.), la Loi type devrait réglementer les droits, obligations et responsabilités des parties au bail. Nous recommandons par conséquent de traiter les questions d'insolvabilité dans les commentaires.

2. En vertu de l'article premier, la Loi type s'applique à "toute location d'un bien". Le terme "bien" est défini comme "toute chose ... à usage commercial ou professionnel". Conformément à la recommandation 3 c) (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21)¹⁰, le projet de Guide s'applique aux sûretés réelles mobilières avec ou sans dépossession (sauf les valeurs mobilières et les salaires) sur des biens meubles et des biens rattachés (c'est-à-dire les biens rattachés à des meubles ou des immeubles; voir A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, para. 21 (I)). En outre, en vertu de la recommandation 3 e), le projet de Guide s'applique aux opérations qui remplissent des fonctions de sûreté, quelle que soit leur forme, ce qui signifie qu'il s'applique aux crédits-bails et aux accords de location-vente (voir aussi la définition de "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'acquisitions" dans A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5). Ainsi, les accords de crédit-bail et de location-vente portant sur du matériel relèveraient du champ d'application du projet de Guide et il y aurait chevauchement entre le projet de Guide et le projet de Loi type.

3. On pourrait beaucoup limiter ce chevauchement ainsi que le risque de conflit si le projet de Loi type excluait les baux qui, en vertu de la loi de l'Etat de situation des biens loués (ou, dans le cas de biens mobiles, de la loi de l'Etat de situation du preneur), étaient traités comme des sûretés. De façon alternative, mais moins à préférer, le projet de Loi type pourrait être soumis au droit des opérations garanties lorsque celui-ci est applicable. Une autre possibilité pour éviter le chevauchement et les conflits pourrait être de limiter le projet de Loi type aux questions contractuelles. Si aucune de ces alternatives n'était adoptée, il faudrait aligner le projet de Loi type sur les recommandations du projet de Guide.

II. COMMENTAIRES ARTICLE PAR ARTICLE

Article premier: Champ d'application

Article 3: Autres lois

Article 5: Opposabilité

4. Alors que l'article premier de la Loi type est une disposition concernant le champ d'application et non pas la loi applicable, il peut avoir l'effet d'une disposition relative à la loi applicable combiné avec d'autres articles du projet de Loi type. Par exemple, l'article 3 prévoit que l'inscription relève de la loi de l'Etat autre que le projet de Loi type et l'article 5 prévoit qu'un bail s'impose aux parties et aux tiers, sous réserve de dispositions contraires du projet de Loi type. Ces articles, combinés avec l'article premier, renvoient en effet l'inscription à la loi de l'Etat de situation du bien loué, à la loi de l'Etat dans lequel le constituant/preneur a le centre de ses intérêts principaux, ou à la loi de l'Etat qui régit le contrat.

5. Un tel résultat serait incompatible avec la recommandation 136 du projet de Guide (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24), selon laquelle la loi applicable à la constitution d'une sûreté (y compris le droit d'un crédit-bailleur) serait la loi de l'Etat dans lequel se trouve le bien grevé. Il y a deux exceptions à cette règle. La première concerne les sûretés/credits-bails sur des biens meubles pour lesquels la loi de l'Etat de situation du constituant/preneur s'applique (la situation est définie par référence à la situation de l'administration centrale si le constituant/preneur a un établissement dans plus d'un Etat). L'autre exception porte sur les sûretés/credits-bails portant sur des biens meubles soumis à un système d'enregistrement de la propriété, et dans ce cas la loi de l'Etat sous l'autorité duquel le registre est tenu s'applique.

¹⁰ Tous les documents de la CNUDCI indiqués dans les présents commentaires sont disponibles sur le site Internet de la CNUDCI (<http://www.uncitral.org>).

6. Le résultat susmentionné des articles premier, 3 et 5 du projet de Loi type serait également incompatible avec la recommandation 148 du projet de Guide (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24), en vertu de laquelle les questions touchant la réalisation d'une sûreté sont régies par la *lex fori* ou par la loi régissant la convention constitutive de sûreté.

Article 7: Rang des privilèges

7. Le projet de Loi type traite certains conflits de priorité, tout en laissant à d'autres lois la perfection (opposabilité selon la terminologie du projet de Guide) et d'autres conflits de priorités.

8. Conformément à l'article 7(1) et (2), les droits découlant du bail l'emportent sur le droit d'un créancier (y compris un créancier garanti) du bailleur ou du preneur et du titulaire d'un droit portant sur un immeuble ou un bien meuble. En vertu des recommandations 67 à 69 du projet de Guide (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4), le résultat est le même mais, s'il s'agit de stocks grevés, cette règle ne s'applique que si le preneur prend à bail dans le cours normal des affaires du bailleur. En outre, en vertu du projet de Guide, pour que les droits découlant d'un bail l'emportent sur le droit d'un titulaire d'un droit portant sur un immeuble, le bail doit être enregistré dans un registre des immeubles (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3, rec. 83 et A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5, rec. 130 ter).

9. Le projet de Loi type n'a pas de règle de priorité du type de celle qui figure dans la recommandation 129 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5), en vertu de laquelle le rang du bailleur remonte au moment de la livraison du bien au preneur, si le bailleur inscrit un avis concernant le bail dans un registre des sûretés dans le délai prévu par la loi (par exemple 20-30 jours). De la même façon, le projet de Loi type n'a pas de règle du type de celle qui figure dans la recommandation 130bis (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5), en vertu de laquelle les droits du bailleur l'emportent sur les droits du créancier sur jugement du preneur. Si l'on devait combler les lacunes dans le projet de Loi type par application de la loi de l'Etat de situation du bien ou du preneur, ou de la loi régissant le bail, il y aurait une incompatibilité évidente avec les recommandations 136 et 148 du projet de Guide (voir les paras. 4-6 ci-dessus).

Article 8: Responsabilité à raison du décès, etc.

10. La question de la responsabilité du créancier garanti/bailleur pour les dommages causés aux tiers par les biens grevés/loués est traitée dans le projet de Guide (voir A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2, para. 29), mais aucune recommandation n'a été prise pour le moment.

Articles 9-17: Exécution

11. Le projet de Guide se concentre sur des questions de propriété et inclut seulement quelques règles non impératives relatives aux droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté. En ce qui concerne la conservation des biens grevés, l'article 17 ne semble pas être en conflit avec les recommandations 86 et 87 du projet de Guide (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1).

Article 18-22: Inexécution et réalisation

12. Il ne semble pas y avoir de conflit entre les articles 18 à 21 d'une part, et les recommandations du projet de Guide d'autre part. Toutefois, en accord avec la recommandation 15 du projet de

Guide (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26), l'article 14(1) devrait dire clairement que la cession par le bailleur simplement d'un droit à percevoir des loyers ne porte pas atteinte aux droits du preneur.

13. En outre, l'article 22 du projet de Loi type semble incompatible avec les voies de droit détaillées du créancier garanti/bailleur en vertu du projet de Guide (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1, recommandation 93). Par exemple, en vertu des recommandations 94, 101 et 110, le créancier garanti/bailleur peut prendre possession et disposer du bien grevé/loué sans recourir à un tribunal. Toutefois, en cas de possession ou de disposition extrajudiciaire, le créancier garanti/bailleur est tenu de le notifier au constituant/preneur et à certains tiers (voir les recs. 99 et 111). En outre, le constituant/preneur a le droit d'objecter à la réalisation extrajudiciaire (voir la rec. 100). Par ailleurs, le créancier garanti/bailleur a le droit de se faire attribuer le bien grevé/loué à titre d'exécution de l'obligation garantie (voir la rec. 113). Il existe en outre des règles détaillées concernant le produit de la réalisation excédentaire ou insuffisant et la finalité du droit acquis par l'acheteur du bien grevé/loué (voir les recs. 116 à 124). Si l'on devait combler les lacunes du projet de Loi type par application de la loi visée aux articles premier et 3, il y aurait un conflit évident avec la recommandation 148 du projet de Guide (voir le para. 6 ci-dessus).

Insolvabilité

14. Contrairement à la Loi type qui ne traite que brièvement de l'opposabilité d'un bail à l'administrateur d'insolvabilité à l'article 5, le projet de Guide discute en détail l'opposabilité d'une sûreté en cas d'insolvabilité du constituant/preneur dans un crédit-bail (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3). La brièveté avec laquelle ces questions importantes sont traitées dans le projet de Loi type entraînera forcément des incompatibilités avec la façon dont elles sont abordées dans le projet de Guide. En outre, si l'on devait combler les lacunes du projet de Loi type par application de la loi visée aux articles premier et 3, il y aurait un conflit évident avec les recommandations 30 et 31 du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité qui renvoie ces questions à la *lex fori concursus* (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3).

Questions de conflits de lois

15. Contrairement au projet de Loi type, le projet de Guide contient des règles détaillées de conflit de lois sur la loi applicable aux sûretés/crédits-bails (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24). Comme on l'a souligné plus haut (voir les paras. 4-6, 9, 13 et 14), il y a des incompatibilités évidentes entre le projet de Loi type et certaines recommandations en matière de conflit de lois du projet de Guide.

III. CONCLUSIONS

16. Le chevauchement et le conflit potentiel entre le projet de Loi type et le projet de Guide diminueraient de beaucoup si le projet de Loi type ne traitait pas des baux qui étaient considérés comme des mécanismes de garantie en vertu de la loi de l'Etat de situation des biens loués (ou, dans le cas de biens mobiles, la loi de l'Etat de situation du preneur). De façon alternative, le projet de Loi type pourrait être soumis au droit des opérations garanties, lorsque celui-ci s'applique.

17. Une autre possibilité pour éviter le chevauchement et le conflit entre le projet de Loi type et le projet de Guide serait de limiter le projet de Loi type aux questions contractuelles. A l'exception des articles 5, 7 et 22 qui traitent d'opposabilité, de priorité et de réalisation, le projet de Loi type semblent traiter principalement de questions contractuelles. Pour mettre en œuvre cette approche, l'article 5 devrait être limité à l'opposabilité entre les parties, et les articles 7 et 22 supprimés. L'article premier pourrait alors renvoyer à la loi régissant le bail.

18. Si le projet de Loi type n'excluait pas le crédit-bail, n'était pas soumis au droit des opérations garanties et n'était pas limité aux questions contractuelles, il faudrait l'aligner sur les recommandations du projet de Guide. Concrètement, l'opposabilité aux tiers devrait être régie par la loi de l'Etat de situation du bien, sauf si le bien est un bien mobile ou est soumis à l'enregistrement de propriété. Dans le premier cas, l'opposabilité aux tiers devrait être soumise à la loi de l'Etat de situation du constituant/preneur, alors que dans le second cas, elle devrait être régie par la loi de l'Etat sous l'autorité duquel le registre est tenu. En outre, si les articles 7 et 22 n'étaient pas supprimés, il faudrait les aligner avec les recommandations relatives à la priorité et à la réalisation du projet de Guide (voir les paras. 7-9 et 13 ci-dessus).